



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

250024

CONCLUSÃO - 22-01-2020

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Adjunto Rui Varino)

=CLS=

1. Nos termos e para os efeitos do artigo 64.º, n.º 2, do Regime Geral das Contraordenações (doravante “RGCO”) segue a **decisão por simples despacho**:

RELATÓRIO:

2. SUMOL + COMPAL, S.A. e SUMOL + COMPAL – MARCAS, S.A. (doravante “Recorrentes”, “Visadas” ou, em conjunto, “SUMOL+COMPAL”) vieram impugnar judicialmente a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”) no processo de contraordenação n.º PRC/2017/4, de 30.09.2019, com a referência S-AdC/2019/4085, que recaiu sobre o seu requerimento de 21.05.2017.
3. No essencial, a Recorrente sustenta o seu recurso em cinco fundamentos: (i) a remessa do requerimento das Recorrentes de 21.05.2017 para o Ministério Público; (ii) a nulidade da busca a apreensão de ficheiros de correio eletrónico; (iii) a nulidade relativa à impossibilidade de exercer de forma cabal e esclarecida o direito de oposição a respeito da totalidade das apreensões efetuadas; (iv) a nulidade relativa à apreensão de documentação que extravasa o objeto do mandado de buscas e apreensão e à inexistência de pressupostos de que depende a realização das diligências de obtenção de prova; (v) a irregularidade relativa à falta de delimitação do objeto do mandado de busca e apreensão e da respetiva fundamentação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

4. A AdC apresentou alegações, que constam a fls. 71 a 112, nas quais pugnou pela improcedência do recurso.
5. Nenhum dos sujeitos processuais intervenientes se opôs à prolação de decisão por simples despacho.

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO:

6. Resultam provados os seguintes factos:
 - a. Entre os dias 06.04.2017 e 21.04.2017, a SUMOL+COMPAL, S.A., e a SUMOL+COMPAL – Marcas, S.A., foram sujeitas, no âmbito de um procedimento de contraordenação que corre termos na AdC sob a referência interna PRC/2017/04, a uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão efetuada pela AdC, conforme autos de diligência de fls. 141 a 168, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;
 - b. A pedido da AdC foi emitido mandado do Ministério Público, com data de 05.04.2017, cuja cópia consta a fls. 115 a 121 e cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido;
 - c. No referido mandado de busca e apreensão previa-se, nomeadamente, que, fosse passada busca “*para apreensão de cópias ou extratos de escrita e demais documentação, designadamente mensagens de correio eletrónico já abertas, documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicos distintos e de preparação de decisões a nível de política comercial das empresas, bem como atas de reunião de direção e toda a documentação tida por relevante*”;
 - d. No mandado referia-se, nomeadamente: “*a investigação incide sobre a venda pela SUMOL+COMPAL dos seus produtos (sobretudo, bebidas) à grande distribuição, que seguidamente os revende aos consumidores finais*”. E a seguir: “*a prova recolhida revela que o preço de venda ao*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

público não é livremente determinado por cada empresa da grande distribuição”. E ainda a seguir: “atento o tipo de elementos probatórios que consubstanciam a eventual infração identificada (consistindo grosso modo em mensagens de correio eletrónicas trocadas pela SUMOL+COMPAL ou por esta com as empresas de grande distribuição), as diligências de busca, exame, recolha e apreensão que ora se requerem assumem-se não apenas como necessárias, mas como indispensáveis para acesso à demais documentação que possa existir sobre os comportamentos em causa e que se encontre em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo suportes informáticos”;

- e. No início da diligência de busca e apreensão, a AdC solicitou e obteve acesso, para efeitos de pesquisa informática, aos arquivos de correio eletrónico dos colaboradores que considerou *colaboradores relevantes* (cf. auto de apreensão de fls. 171 a 177);
- f. Na sequência da pesquisa eletrónica efetuada relativamente aos ficheiros de correio eletrónico dos colaboradores relevantes, foram copiados, i.e. apreendidos, 2.919 ficheiros informáticos para um dispositivo de armazenamento externo da AdC e cuja cópia foi entregue às Recorrentes (cf. auto de apreensão de fls. 171 a 177);
- g. Em 21.04.2017, a AdC lavrou o auto de apreensão, cuja cópia consta a fls. 171 a 177, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor;
- h. Nas diligências de busca e apreensão, a AdC adotou o seguinte procedimento: extração para um suporte informático da AdC de documentos digitais encontrados em suportes informáticos considerados relevantes para os efeitos da diligência (e.g. computadores fixos e portáteis); cópia e distribuição desses ficheiros pra os computadores portáteis dos funcionários da AdC; visualização, em software próprio da AdC, após processo de filtragem com palavra-passe relevante, de cada um



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

dos ficheiros copiados; marcação (ou “tag”) dos ficheiros considerados eventualmente relevantes para efeitos de instrução do processo; cópia dos ficheiros marcados para um suporte informático da AdC; e, por fim, apreensão;

- i. As Visadas fizeram sempre acompanhar cada um dos funcionários da AdC que efetuou a visualização e marcação dos referidos ficheiros por um seu funcionário ou mandatário judicial;
- j. Para efeitos de visualização, a AdC criou quatro “postos de trabalho”, constituído cada um por um funcionário e respetivo computador portátil onde aquele procedeu à visualização e seleção dos documentos considerados relevantes;
- k. Os monitores dos computadores ficaram sempre direcionados para o funcionário que realizou a operação, sendo a leitura que foi possível realizar por parte das Visadas feita sempre num ângulo diagonal;
- l. A operação informática de visualização de cada ficheiro permaneceu sempre sob o controlo do respetivo funcionário da AdC, sendo este que controlou com o “rato” e respetivo cursor, o ritmo e velocidade a que o documento foi lido e marcado;
- m. No final da diligência de busca e apreensão, em 21.04.2017, as ora Recorrentes apresentaram à AdC um requerimento no qual se invocam, nomeadamente, certas nulidades que consideraram verificadas aquando da referida diligência e nulidades e irregularidades do mandado, cuja cópia consta a fls. 198 a 217, que aqui se dá integralmente por reproduzido;
- n. Nomeadamente, a SUMOL+COMPAL arguiu a nulidade da apreensão de ficheiros de correio eletrónico; nulidades relativas à impossibilidade de exercer de forma cabal e esclarecida o direito de oposição a respeito da totalidade das apreensões efetuadas; e nulidades relativas à apreensão de documentação que extravasa o objeto do mandado de buscas e apreensão, e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

à inexistência de pressupostos de que depende a realização das diligências de obtenção de prova, designadamente, a nulidade da apreensão de documentos relativos às atividades de distribuição / venda pelas Recorrentes de produtos de empresas terceiras; a nulidade da apreensão de documentos relativos à atividade da SUMOL+COMPAL que extravasa o âmbito da grande distribuição (hipermercados) e a irregularidade do mandado;

- o. A AdC apreciou o referido requerimento através de decisão vertida em Ofício, datado de 30.09.2019, cuja cópia consta a fls. 219 a 232, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor, sendo esta a decisão impugnada.

*

7. Não ficaram provados os seguintes factos:
 - a. Na diligência de busca e apreensão a AdC fez uma cópia integral de ficheiros dos computadores de colaboradores da SUMOL+COMPAL para além de correio eletrónico já aberto para um dispositivo de armazenamento e apreendeu os mesmos;
 - b. Os monitores dos computadores utilizados pela AdC são de tamanho reduzido;
 - c. Muitos vezes aconteceu que o funcionário da AdC terminou a visualização do documento quando o mandatário das Visadas ainda estava a consultá-lo, tendo este solicitado a consulta integral do documento;
 - d. No caso dos ficheiros de correio eletrónico, o processo de visualização e marcação nunca contempla ou só muito excecionalmente a consulta dos ficheiros anexos a essa correspondência;
 - e. Durante a busca, as Visadas não tomaram conhecimento completo da totalidade dos documentos que foram objeto de apreensão.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

8. Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, irrelevante ou conclusiva.

*

9. Quanto aos fundamentos da convicção formada pelo Tribunal relativa aos factos provados e não provados, os **factos provados** vertidos nas alíneas a) a g) e m) a o) foram extraídos dos documentos indicados em cada facto, não havendo razões para duvidar da sua conformidade com os originais e da veracidade destes.

10. Os demais factos provados resultaram do confronto entre a alegação das Visadas, pontos 31 a 34, e a posição assumida pela AdC nas suas alegações, no sentido de nada ter afirmado em sentido contrário quanto aos procedimentos descritos nas alíneas h) e j) e no sentido de ter esclarecido, no ponto 106, que *“sendo a diligência dirigida pelos funcionários da AdC, logicamente que o “modus operandi” das diligências, mormente o modo como as pesquisas são realizadas cabe apenas e exclusivamente àqueles, cuja função primária é executar de modo adequado a diligência, nos exatos termos prescritos pelo mandado e em respeito pela lei, e não a de criar as condições desejadas pelos mandatários para conseguirem acompanhar a mesma segundo o que lhes parece mais razoável”*. De tais esclarecimentos inferem-se os procedimentos descritos nas alíneas k) e l).

11. Relativamente aos **factos não provados**, no que respeita à alínea a), a AdC, nas suas alegações, afirma que as diligências de busca e apreensão incidiram apenas sobre mensagens de correio eletrónico lidas/abertas, selecionadas por via da aplicação de um filtro.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

12. Considera-se que a tese das Recorrentes não é plausível, na medida em que o mandado do Ministério Público referia “*correio eletrónico já aberto*”. O que não deixava qualquer margem para dúvidas quanto à ausência de autorização para a apreensão de correio eletrónico não aberto. Por conseguinte, uma atuação da AdC neste sentido seria flagrantemente violadora do mandado e, nessa medida, extremamente temerária. Não quer dizer que atuações destas não possam ocorrer. Mas, à luz das regras da experiência comum e parâmetros de normalidade e razoabilidade, não são normais ou correntes, pelo que apenas se poderão admitir se existirem elementos minimamente consistentes que indiciem o contrário. Ora, o único elemento que as Recorrentes invocam para sustentar a sua tese é o teor do auto de apreensão, especificamente a página 4 (cf. nota de rodapé 19). Nesta página não há qualquer referência ao facto da AdC ter efetuado uma cópia integral dos ficheiros informáticos existentes nos computadores dos “*colaboradores relevantes*”. O que aí se refere é o seguinte: “*cópia dos respetivos arquivos de correio eletrónico*” (primeiro parágrafo linha 3); “*foram copiados 2919 ficheiros informáticos*” (terceiro parágrafo); “*Pelo presente auto de apreensão, atesta-se que foi feita uma cópia do conteúdo integral dos ficheiros informáticos copiados pela AdC para um dispositivo de armazenamento externo disponibilizado pela Sumol+Compal, que lhe foi entregue*” (quarto parágrafo); e “*No final da diligência, os computadores portáteis e os dispositivos de armazenamento externo da AdC utilizados na cópia temporária de ficheiros entre os computadores da Sumol+Compal e os computadores portáteis da AdC para permitir a utilização de ferramentas de pesquisa informática, foram totalmente limpos*” (quinto parágrafo). A única referência a “*cópia do conteúdo integral*” é utilizada não para referir que foram efetuadas cópias integrais dos ficheiros existentes nos computadores dos “*colaboradores relevantes*”, mas dos ficheiros que a AdC copiou. Por conseguinte, sem prejuízo da AdC poder ser mais



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

precisa nos autos de apreensão, referindo expressamente que apenas foram copiadas mensagens de correio eletrónico abertas para evitar este tipo de incidentes, a verdade é que do auto não resulta minimamente indiciado o contrário.

13. Em consequência, não há qualquer razão para duvidar que a AdC tenha, nesta parte, cumprido o mandado, limitando as diligências de buscas e apreensão ao correio eletrónico já aberto.
14. Por fim, relativamente às alíneas b) a e) dos factos não provados não há elementos probatórios que permitam concluir pela sua veracidade, sendo de salientar que as Visadas não indicaram prova testemunhal no recurso de impugnação. Note-se ainda que os factos em causa não se podem inferir da alegação da AdC, pois as condições de efetivação da busca, nos termos descritos nas alíneas k) e l), não condicionam o tamanho dos monitores, os ritmos de leitura (ainda que na diagonal) e a consulta dos anexos. Pelo que, em consequência, também não se pode concluir que os mandatários das Visadas, por não terem conseguido ler os documentos a tempo, solicitaram a sua consulta ou que, em geral, as Visadas não conseguiram tomar conhecimento da totalidade dos documentos que foram objeto de apreensão.

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:

Primeiro fundamento do recurso - remessa do requerimento de 21.05.2017 para o Ministério Público:

15. **Alegaram as Recorrentes que**, no requerimento de 21.05.2017, apresentado no âmbito das diligências de busca e apreensão realizadas pela AdC invocaram, entre o mais, as seguintes questões: a nulidade de apreensão de ficheiros de correio eletrónico; e a irregularidade relativa à falta de delimitação do objeto do mandado de busca e apreensão e da respetiva fundamentação.

Página 8 de 56



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

16. Na decisão impugnada, a AdC indeferiu o requerimento considerando, por um lado, que as questões indicadas no parágrafo precedente são da competência do Ministério Público e, por outro lado, que era improcedente o alegado pelas ora Recorrentes. Em concreto, *a AdC invoca a questão da respetiva incompetência para apreciar e decidir o invocado pelas Recorrentes no seu requerimento de arguição de nulidades e irregularidades, relativamente à apreensão de ficheiros de correio eletrónico, considerando que ela inquinaria o próprio mandado do MP (n.º 13 da Decisão da AdC), e relativamente à irregularidade do mandado invocada pelas ora Recorrentes (n.os 70 a 72 da Decisão da AdC).*
17. Consideram as Recorrentes que, *se era esse o entendimento da AdC deveria, então, ter remetido o requerimento de arguição de nulidades e irregularidades para o MP.* Invocam vários fundamentos para sustentar esta conclusão.
18. Em primeiro lugar, *o requerimento em causa foi apresentado pelas ora Recorrentes durante a diligência de busca e apreensão.*
19. Em segundo lugar, *a diligência de busca e apreensão foi solicitada e realizada pela AdC e não pelo MP e o mandado foi entregue por “funcionário da AdC” (v. parte final do n.º 72 da Decisão da AdC), pelo que o requerimento teria que ser entregue àquela, como foi, nomeadamente para se cumprir a imposição legal de as arguições de nulidade e irregularidade terem que ser apresentadas na diligência (cfr. o invocado pela própria AdC no n.º 72 da decisão recorrida; cfr. artigos 120.º, n.º 3, alínea a) e 123.º do CPP).*
20. Em terceiro lugar, *a eventual inexistência de norma a prever expressamente a remessa nunca justificaria que a AdC não efetuasse tal remessa sob pena de,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

nomeadamente, ser violado o direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado no artigo 20.º da Constituição, e o direito de defesa salvaguardado no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição. Por conseguinte, o artigo 17.º, n.º 2 do NRJC (ou qualquer outro preceito legal) interpretado no sentido de que não caberia à AdC proceder à remessa do requerimento em causa para o MP (no caso de a própria AdC considerar que é o MP a entidade responsável para a respetiva apreciação e decisão, como se verifica in casu), seria inconstitucional por violação dos referidos artigos 20.º e 32.º, n.º 1, ambos da CRP.

21. *Em quarto lugar, o artigo 41.º do CPA sempre impunha que a AdC remetesse o requerimento para o MP, especialmente na interpretação da AdC, vertida na decisão recorrida, de que a competência para a sua decisão e apreciação pertence ao MP. Não se invoque que aquela norma do CPA não seria aplicável por estarmos em processo contraordenacional, pois, além daquele artigo 41.º do CPA não se inserir na parte do CPA relativa ao procedimento administrativo, mas sim na parte geral, sublinhe-se que o que está em causa é a relação entre duas entidades públicas e um mero ato material de remessa de um requerimento. De resto, conforme têm decidido os nossos Tribunais, as normas de direito administrativo não são liminarmente afastadas do processo contraordenacional.*
22. *Em quinto lugar, se a AdC considera que não tinha competência para apreciar as questões em causa, também não as poderia ter indeferido, como fez, enfermando, assim, a decisão recorrida de incompetência ou de vício de usurpação de poder.*
23. *Por último, este segmento da decisão recorrida, violou os princípios gerais consagrados, nos artigos 3.º e segs. do CPA, nomeadamente da prossecução*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

do interesse público e da proteção dos direitos dos cidadãos, da boa administração, da justiça e da razoabilidade.

24. Face ao exposto, *concluem as Recorrentes que a decisão da AdC, ora recorrida, em que se considera o MP competente para conhecer algumas das questões suscitadas pelas ora Recorrentes no Requerimento, de 21.05.2017, mas não se remete o requerimento para o MP e indefere-se o requerido, viola o artigo 41.º do CPA, os artigos 3.º, 4.º, 5.º e 8.º do CPA e os artigos 20.º, 32.º, n.º 1 e 266.º, n.º 2 da CRP, pelo que deve ser anulada, ordenando-se a remessa do requerimento para o MP, enfermando ainda a decisão da AdC de incompetência ou de vício de usurpação de poderes ao apreciar questões em que a própria considera que não dispõe de competência para o efeito.*
25. **Nas suas alegações, a AdC sustenta** que o Ministério Público, autoridade competente para determinar a realização das diligências instrutórias de exame, busca e recolha, era, também, de acordo com a lógica processual e substantiva, a autoridade competente para apreciar as nulidades invocadas pelos Recorrentes no requerimento supra referido.
26. Contudo, considera a AdC que *nem a Lei da Concorrência, nem nenhum diploma subsidiariamente aplicável, prevê a obrigatoriedade a cabo da AdC do impulso processual dessa sindicância junto da autoridade judiciária competente, através da remessa do requerimento para o Ministério Público, por manifesta inexistência de regime processual ou norma processual especial que reconheça essa tramitação.*
27. Defende a AdC que *o Código de Procedimento Administrativo, em especial o seu artigo 41.º não é aplicável ao caso em apreço, desde logo, porque não está*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

em causa qualquer ato administrativo ou qualquer relação material controvertida sujeita à jurisdição administrativa ou qualquer norma de Direito Administrativo, pelo que o recurso aos meios previstos no CPA para os efeitos pretendidos, constitui uma via imprópria, desadequada e sem fundamento legal.

28. *Mais considera que tal obrigatoriedade na remessa também não deriva de nenhuma imposição constitucional, designadamente dos princípios basilares do direito à tutela jurisdicional efetiva, plasmado no artigo 20.º da CRP e o direito de defesa consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da CRP.*
29. *Sustenta ainda que inexistente qualquer ofensa do direito à tutela jurisdicional efetiva, porquanto aos Recorrentes se mostrava assegurado tal direito, desde logo, através da faculdade que lhes assistia de dedução de recurso sobre a validade das buscas e apreensões efetuadas pela AdC.*
30. *Por fim, salienta que, no que respeita ao direito de defesa, no domínio do processo sancionatório, prescreve o n.º 10, do artigo 32.º da CRP que “nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados os direitos de audiência e defesa”. O legislador pretendeu, com a introdução desta norma, acautelar os direitos de audiência e de defesa do arguido, o que implica que apenas merece censura constitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, independentemente da sua natureza, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade.*
31. *Em face dos argumentos expostos conclui pela improcedência, nesta parte, de tudo quanto invoca a Recorrente.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

32. **Cumpra apreciar e decidir.**
33. A decisão deste primeiro fundamento do recurso passa por determinar: (i) em primeiro lugar, se a AdC tinha ou não competência para decidir as questões suscitadas; (ii) em segundo lugar, caso se conclua que a AdC não tinha competência, se tinha o dever de remeter o requerimento para a entidade competente, a fim de ser apreciado e decidido por esta entidade; (iii) em terceiro lugar e em caso afirmativo, se a entidade competente para decidir as questões era o Ministério Público.
34. Quanto à primeira questão (i), Recorrentes e AdC parecem estar de acordo no sentido de que a decisão era da competência do Ministério Público. Contudo, isso não desonera o Tribunal de ter de decidir esta primeira questão, na medida em que não estamos perante matéria na disponibilidade dos sujeitos processuais intervenientes. Por conseguinte, não basta que as Recorrentes e a AdC estejam de acordo quanto à entidade competente para se concluir no sentido de que a competência não cabia à AdC.
35. Incidindo na análise dessa primeira questão, impõe-se começar por referir que a apreensão do correio eletrónico, nos autos, desdobrou-se em dois atos: a ordem de apreensão; e a sua execução. A ordem de apreensão foi emitida, em conformidade com o disposto nos artigos 18.º, n.º 1, alínea c), 20.º, n.º 1, e 21.º, todos da Lei da Concorrência (doravante “LdC”), pelo Ministério Público, que determinou e ordenou a recolha de “*correio eletrónico já aberto*”. A execução foi efetuada pela AdC.
36. Esta distinção é importante, porque a AdC não tem competência para sindicar os atos e decisões praticados pelo Ministério Público, por duas razões, uma de natureza estrutural e outra de ordem teleológica.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

37. Assim, do ponto de vista da estrutura do sistema jurídico, o Ministério Público, no seu recorte jurídico-constitucional, consagrado no artigo 219.º e ss., da Constituição, pese embora não exerça “a função judicial em sentido estrito que é da reserva dos tribunais judiciais”¹, “é uma entidade que constitui, ao lado do tribunal, um órgão autónomo de administração da justiça”². Isto é assim não só quando o Ministério Público intervém como titular da ação penal, mas também, pelo menos, em todas as funções e intervenções de natureza judiciária. Desta premissa essencial parte-se para uma segunda, que se traduz no seguinte: enquanto órgão autónomo de administração da justiça, as “iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público ... estão sujeitas ao controlo interorgânico dos tribunais”³. Estas duas premissas conduzem lógica e necessariamente à conclusão de que é inaceitável, desde logo, na perspetiva constitucional, que a AdC possa exercer qualquer tipo de controlo sobre as iniciativas e decisões de natureza judiciária do Ministério Público. Simplesmente, não pode. Só os tribunais o podem fazer.
38. Para além de estar vedada a referida possibilidade, numa ótica de opções constitucionais fundamentais, também seria fatalmente incongruente de um ponto de vista teleológico, pelo seguinte: conforme se exarou, na sentença proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, deste Tribunal, a atribuição de competência ao Ministério Público prevista nos artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos da LdC “*garante um nível de protecção dos direitos e interesses das visadas **acrescido** pela via da equiparação das diligências de busca, exame, recolha e apreensão, previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 dos arts.º 18.º, 19.º e 20.º do NRJC, às diligências de busca e apreensão do processo penal*” (realce nosso). Ou seja, tratou-se de uma opção legislativa que visou mais garantia no

¹ PAULO DÁ MESQUITA, *Direção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra Editora, 2003, p. 50.

² *Idem*, p. 50.

³ *Idem*, p. 49.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

que respeita ao decisor e não menos, face a meios de obtenção de prova que se caracterizam por uma “maior agressividade”⁴. Seria uma aporia insustentável admitir que a competência, em primeira linha, cabe ao Ministério Público em nome de uma opção que oferece mais garantias do que a AdC, para, no momento seguinte, se aceitar que a AdC pode rever e substituir – isto é, controlar – as decisões do Ministério Público.

39. Esclarecidos estes parâmetros, impõe-se saber se as questões suscitadas pelas Recorrentes diziam respeito à decisão do Ministério Público ou ao ato de execução praticado pela AdC. Analisemos cada uma das questões.
40. A primeira questão, relativa à apreensão de correio eletrónico, incidia sobre a apreensão (cf. pp. 1 a 6 do requerimento, capítulo I com a epígrafe “*Nulidade de apreensão de ficheiros de correio eletrónico*”, fls. 114 a 203 dos autos). As Recorrentes pretendiam que a AdC declarasse a nulidade da apreensão do correio eletrónico recolhido e, em consequência, procedesse à sua eliminação a título permanente e desentranhamento. Contudo, isto não é suficiente para identificar a concreta questão jurídica suscitada perante a AdC, pois, como se sabe, a nulidade é um vício legalmente previsto, ao qual está associado um determinado regime legal, que pode ter várias causas. Veja-se, a título de exemplo, as várias alíneas dos artigos 119.º e 120.º, n.º 2, do CPP.
41. *In casu*, a causa apontada pelas Recorrentes reconduzia-se à (in)admissibilidade legal desse meio de prova num processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, por força dos artigos 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 4, da Constituição, 42.º, do RGCO, 126.º, n.º 3, do CPP, e

⁴ JOSÉ LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, *Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense*, Coord. Miguel Gorjão-Henriques, Almedina, 2013, p. 209.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

20.º, do NRJC. Por conseguinte, a específica questão jurídica que as Recorrentes suscitaram perante a AdC foi concretamente a nulidade por (in)admissibilidade legal desse meio de prova num processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

42. Ora, esta questão jurídica não é específica da execução da apreensão, pois não se relaciona com nenhum vício próprio deste ato. Antes diz respeito à sua causa originária. Efetivamente, as Recorrentes insurgem-se contra a apreensão não porque a AdC, no *iter* processual, tenha introduzido, no âmbito da sua atuação própria que consistia na execução do mandado, um qualquer vício, mas porque, na sua origem, a apreensão não era legalmente admissível. Em consequência, pese embora as Recorrentes, no requerimento, não façam expressa referência ao mandado e à ordem de recolha do “*correio eletrónico já aberto*” – o que até se poderá ter devido a lapso ou não ponderação – o certo é que a específica questão jurídica suscitada se destina a atingir a apreensão na sua origem, na sua admissibilidade legal *ab initio*.
43. Não só a origem da apreensão está formal e efetivamente no despacho do Ministério Público, que determinou a apreensão de “*correio eletrónico já aberto*”, como também era aqui – neste ato – que a admissibilidade legal da apreensão tinha de ser equacionada e ponderada, expressa ou implicitamente. Por conseguinte, a primeira questão suscitada pelas Recorrentes dizia respeito à decisão proferida pelo Ministério Público no segmento que determinou a apreensão de “*correio eletrónico já aberto*”, pois decidir da (in)admissibilidade legal da apreensão desses meios de prova no presente processo de contraordenação é exatamente o mesmo que decidir da validade do despacho que ordenou essa apreensão. Tal significa que a AdC não era a entidade materialmente competente para a decidir.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

44. Analisemos a segunda questão. Nesta, os Recorrentes arguíram a irregularidade do mandado de busca e apreensão por manifesta falta de delimitação do respetivo objeto e fundamentação, em violação expressa dos artigos 97.º e 178.º do Código de Processo Penal (doravante “CPP”) e dos artigos 18.º, 32.º, n.º 10, e 205.º da Constituição. Mais requerendo que, em consequência, fosse declarada, nos termos do artigo 123.º do CPP, a invalidade da diligência realizada com as consequências legais (cf. pp. 15 a 18 e 20 do requerimento, capítulo IV com o título “Irregularidade relativa à falta de delimitação do objeto do mandado de busca e apreensão e da respetiva fundamentação” e fls. 212 a 215 e 217).
45. É evidente, sem necessidade de mais considerandos, que a questão concretamente suscitada – traduzida na referida irregularidade do mandado de busca e apreensão por manifesta falta de delimitação do respetivo objeto e fundamentação – diz respeito a um ato praticado pelo Ministério Público e não a um ato praticado pela AdC. É certo que também se visa a invalidade da diligência executada pela AdC, mas como mero efeito da questão central relativa ao mandado de busca e apreensão. Por conseguinte, a AdC não tinha competência igualmente para decidir esta segunda questão.
46. Não sendo a entidade competente para decidir as duas questões referidas tudo o que foi dito e decidido, na decisão impugnada, para além do reconhecimento do vício de incompetência está efetivamente ferido de nulidade, por força do artigo 119.º, alínea e), do CPP, com as devidas e necessárias adaptações, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC. Em concreto, estão abrangidos por esta nulidade os segmentos da decisão impugnada vertidos nos § 9, 10, 13 a 15, com exceção das partes em que a AdC reconhece a competência do MP para a decisão da questão, § 16 a 38 e § 72 a 84.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

47. Passemos para a análise da segunda questão inicialmente identificada (ii), que consiste em saber se a AdC tinha o dever de remeter o requerimento para a entidade competente.
48. A AdC considera que não, por ausência de norma legal, e cita uma decisão proferida por este Tribunal no processo n.º 71/18.3YUSTR-A.
49. Pese embora o muito respeito que a sentença referida nos merece não é esta a posição que se perfilha e que já se adotou no processo n.º 249/18.0YUSTR, por força do artigo 33.º, n.º 1, do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC, com as devidas adaptações. Vamos explicar porquê.
50. É verdade que não existe na LdC, nem no RGCO, qualquer norma que reconheça o dever da AdC remeter requerimentos que lhe são dirigidos e para os quais não é materialmente competente para a entidade respetiva. Contudo, a ausência de norma legal não significa necessariamente uma forma de resolução da questão. Há silêncios do legislador que são silêncios “eloquentes”, que, por si só, dão resposta a uma questão que carece de uma solução normativa. No entanto, também há silêncios que são lacunas, ou seja, falhas de resposta normativa em relação a matérias que necessitam de uma.
51. Neste caso, considera-se que se trata de uma lacuna, pois se percorrermos alguns diplomas do ordenamento jurídico constatamos que as questões de incompetência não são solucionadas através do simples indeferimento/não conhecimento/arquivamento/extinção do processo. Não é isso que sucede, desde logo, no próprio RGCO. Veja-se a solução prevista no artigo 38.º, n.º 2, do diploma, que nos casos de concurso de crime e contraordenação cujo processamento da contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal determina a remessa a estas autoridades dos processos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

pendentes nas autoridades administrativas. Também no artigo 38.º, n.º 3, do RGCO, o legislador determinou que, nesses casos de concurso, quando o Ministério Público arquivar o processo criminal mas entender que subsiste a responsabilidade pela contraordenação, deverá remeter o processo à autoridade administrativa competente. Estipula ainda o artigo 40.º, n.º 1, do RGCO, que a *“autoridade administrativa competente remeterá o processo ao Ministério Público sempre que considere que a infração constitui um crime”*. Por sua vez, no artigo 33.º, n.º 1, do CPP, determina-se que *“o processo é remetido para o tribunal competente”*. No Código de Processo Civil (doravante “CPC”), a propósito da incompetência absoluta, pese embora a sua verificação implique a absolvição do réu da instância ou o indeferimento em despacho liminar, quando o processo o comportar, se for decretada depois de findos os articulados podem estes aproveitar-se desde que o autor requeira, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado da decisão, a remessa do processo ao tribunal em que a ação deveria ter sido proposta, não oferecendo o réu oposição justificada (cf. artigo 99.º, n.ºs 1 e 2, do CPC). Importa ter presente que no caso de absolvição da instância, nos termos do artigo 279.º, n.º 2, do CPC, sem prejuízo do disposto na lei civil relativamente à prescrição e à caducidade dos direitos, os efeitos civis derivados da proposição da primeira causa e da citação do réu mantêm-se, quando seja possível, se a nova ação for intentada ou o réu for citado para ela dentro de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença de absolvição da instância. Relativamente à incompetência relativa, haverá sempre lugar à remessa (cf. artigo 105.º, n.º 3, do CPC). No Código de Procedimento Administrativo (doravante “CPA”), tal como as Recorrentes alegam, estatui-se, no artigo 41.º, que quando seja apresentado requerimento, petição, reclamação ou recurso a órgão incompetente, o documento recebido é enviado oficiosamente ao órgão titular da competência,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

disso se notificando o particular e que nesses casos vale a data da apresentação inicial do requerimento para efeitos da sua tempestividade.

52. Deste conjunto de normas extraem-se as seguintes conclusões: não é linear que o vício de incompetência signifique o fim do processo de decisão, antes pelo contrário; efetivamente o que as referidas normas demonstram é que, entre o mais, quer por razões relacionadas com a proteção dos interesses próprios da ação sancionatória do Estado, quer para evitar que a errada identificação da entidade competente conduza à postergação de efeitos já produzidos ou direitos já exercidos, em regra há mecanismos na lei que garantem que isso não aconteça, por via da remessa para a entidade competente e/ou por via da salvaguarda dos referidos efeitos ou direitos.
53. E não se diga que as conclusões alcançadas não se aplicam ao caso, na medida em que não está em causa um processo, mas um requerimento dentro de um processo, pois esta diferença, face à teologia subjacente às normas legais indicadas, não é relevante. Acresce ainda que não é comum regimes jurídicos atribuírem competências tão conexas e estreitas entre si entre duas entidades diferentes, como sucede na LdC. De tal forma que a ordem de um ato é da competência de uma entidade e a sua execução é de outra, estando os dois atos sujeitos a mecanismos ou momentos de controlo judicial distintos conforme veremos *infra*. Por conseguinte, é normal que o padrão mais típico, refletido e ponderado pelo legislador, não corresponda àquele que se discute. E não se colha destas asserções que isto significa que a situação é tão particular ou excecional que não pode tomar como referência para a sua solução as normas *supra* indicadas. Antes pelo contrário: essa proximidade entre os âmbitos de competência existentes na LdC para as diligências de buscas e apreensão é particularmente potenciadora de incerteza quanto à entidade competente para decidir as questões suscitadas a propósito das mesmas e, por isso, mais



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

justifica que não se possa ver no silêncio do legislador uma forma de resolução da questão no sentido do *iter* decisório terminar com o reconhecimento da incompetência para a decisão.

54. Por conseguinte, o silêncio do legislador face a um vício de incompetência, como aquele que se verifica nos autos, tem de ser interpretado como uma lacuna e solucionado por via das normas legais subsidiariamente aplicáveis.
55. Quando a estas, impõe-se esclarecer a razão pela qual se consideram aplicáveis normas do CPP e não do CPA, conforme entendem as Recorrentes. A razão é simples: o percurso normal de suprimento de lacunas processuais do RGCO é o recurso ao CPP, por força das remissões previstas nos artigos 41.º, n.º 1, do RGCO e 13.º, da LdC. É certo que se admite excecionalmente a aplicação de normas de direito administrativo, designadamente do CPA, relativamente a matérias diretamente relacionadas com o elemento organicamente administrativo, ou seja, com o modo de organização e funcionamento próprio da entidade administrativa, cuja natureza não se concilia com as normas previstas no CPP, por ser uma expressão das características próprias do órgão decisor. Pense-se, por exemplo, na delegação de poderes (cf. artigo 34.º, n.º 4, do RGCO). Contudo, não é o caso. Por conseguinte, não há razões, *in casu*, para aplicar normas do CPA.
56. O que, em concreto, não conduz a uma solução diversa da pretendida pelas Recorrentes, pois a norma do CPP aplicável é o artigo 33.º, n.º 1, do CPP, do qual se retira, com as devidas e necessárias adaptações, o dever da AdC remeter o requerimento apresentado à autoridade competente.
57. Por fim, a entidade competente para a qual deve ser remetido o requerimento é o Ministério Público, por três razões. Em primeiro lugar, enquanto entidade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

decisora do ato tem competência para conhecer e suprir os vícios que lhe dizem respeito. Em segundo lugar, porque tratando-se de nulidades sanáveis ou irregularidades (e com isto não se está a afirmar que é o caso, mas apenas a equacionar as várias hipóteses possíveis) a sua arguição deve mesmo ser feita perante a entidade que proferiu a decisão (com exceção da decisão final da fase organicamente administrativa, cujas nulidades devem ser arguidas no recurso – cf. artigo 379.º, n.º 2, do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, da LdC). Em terceiro lugar, conforme se explicitará melhor *infra*, a propósito da análise da segunda questão, o despacho do Ministério Público é suscetível de controlo judicial por parte deste Tribunal, mas apenas no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória que venha eventualmente a ser proferida pela AdC. Por conseguinte, durante a fase organicamente administrativa apenas o Ministério Público tem competência para apreciar e decidir os vícios invocados em relação aos atos e decisões por si praticados.

58. **Em consequência do exposto, o primeiro fundamento do recurso é procedente, sendo nula a decisão impugnada, nas partes que apreciaram as duas questões referidas e que foram para além do reconhecimento da sua incompetência para as decidir, devendo a AdC proferir nova decisão, quanto a estas questões, a determinar a remessa do requerimento ao Ministério Público (Departamento/Serviços competentes) por ser a autoridade competente para as apreciar.**

*

Segundo fundamento de recurso – da nulidade da busca e apreensão de ficheiros de correio eletrónico:

59. Sem prejuízo da primeira questão analisada, ainda assim **as Recorrentes reiteram** a nulidade da apreensão de ficheiros de correio eletrónico,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

acrescentando ainda que, no caso em apreço, sempre se teria verificado uma violação do próprio mandado.

60. Sustentam, a propósito, que *a apreensão pela AdC de ficheiros de correio eletrónico deve ser considerada nula, por violação dos artigos 18.º e 20.º da LdC, 179.º/3 e 189º CPP (aplicável ex vi art. 13.º/1 da LdC e art. 41º RGCO), bem como dos arts. 20.º/4, 32.º/8 e 10 e 34.º/4 da CRP (cfr. art. 18.º da CRP). Mais defendem que os artigos 18º, e 20º, da LdC necessitam de uma interpretação conforme à Constituição, sendo inconstitucionais, por violação dos arts. 20.º/4, 32.º/8 e 10 e 34.º/4 da CRP (cfr. art. 18.º da CRP), interpretados no sentido de permitirem a apreensão de correio eletrónico.*
61. Adicionalmente, alegam que. em qualquer caso, *a busca e apreensão, que foi feita, do conteúdo integral de ficheiros informáticos, deve ser considerada nula, por violação do art. 18.º/2 da LdC, pois extravasou o mandado que só autorizava a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico já abertas.*
62. **Nas suas alegações, a AdC** começa por defender que *mesmo que se entendesse que a apreensão do correio electrónico por parte da AdC se encontra ferida de alguma invalidez/nulidade, , sempre tal invalidez teria de ter sido arguida, tempestivamente, junto da entidade judiciária que conferiu expressamente tal legitimidade à AdC, ou seja, o Ministério Público.* Adicionalmente, considera que não se aplica a Lei do Cibercrime, mas a Lei da Concorrência, que regula esta matéria de forma taxativa, admitindo estes meios de prova. Mais refere que, *estando em causa, no caso em apreço, a apreensão de correio eletrónico de mensagens já abertas/lidas, revela-se desnecessária, por esse motivo, a tutela constitucional da garantia prevista no*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Considera também não merecem censura constitucional os artigos 18.º e 20.º da Lei da Concorrência, designadamente por alegada violação dos artigos 20.º, n.º 4, 32.º, n.º 8 e 10 e 34.º, n.º 4 da CRP (cfr. artigo 18.º da CRP), quando interpretados no sentido de admitirem a apreensão de correio eletrónico.

63. Quanto ao incumprimento do mandado, esclarece que a AdC quando realiza este tipo de diligências, em particular de buscas e apreensão de mensagens presentes em correio eletrónico, antes de visualizar qualquer mensagem presente no correio eletrónico, seleciona, através do programa “Nuix” o filtro “aberto/lido”, de forma a salvaguardar que apenas sejam apreendidas as mensagens efetivamente lidas/abertas. Na situação vertente, limitou a sua apreensão apenas às mensagens de correio eletrónico já lidas/abertas. Ainda que assim não se entendesse, sempre caberia aos Recorrentes o ónus da prova do facto que invocam, o que, não tendo sucedido, improcede também nesta parte todo o alegado e, conseqüentemente, requerido pelos mesmos.
64. **Cumpra apreciar e decidir.**
65. Este segundo fundamento de recurso inclui duas questões distintas: (i) por um lado, a nulidade da busca e apreensão de ficheiros de correio eletrónico por (in)admissibilidade legal destes meios de prova no processo de contraordenação; (ii) e, por outro lado, a violação do mandado, já que o mesmo só autorizava a AdC a busca e apreensão de mensagens de correio eletrónico já abertas e a AdC efetuou cópias integrais de ficheiros informáticos para além de mensagens de correio eletrónico já abertas. São duas questões distintas que, por isso, serão analisadas separadamente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

66. Quanto à primeira (i), trata-se da mesma questão já analisada e que as Recorrentes formularam no requerimento objeto da decisão impugnada - cf. pp. 1 a 6 do requerimento, capítulo I com a epígrafe “*Nulidade de apreensão de ficheiros de correio eletrónico*”, fls. 114 a 203 dos autos – e que conforme já se referiu cabe ao Ministério Público decidi-la, nesta fase processual, não podendo ser objeto de apreciação e decisão por este Tribunal neste momento. Vejamos melhor porquê.
67. Como se disse decidir da (in)admissibilidade legal da apreensão dos referidos de prova no presente processo de contraordenação é exatamente o mesmo que decidir da validade do despacho do Ministério Público que ordenou essa apreensão.
68. É seguro que a decisão do Ministério Público – desde logo, face ao seu potencial de afetação da esfera jurídica dos visados – tem de ser passível de controlo judicial. Contudo, a LdC é omissa sobre este ponto, nada estipulando sobre os termos do controlo judicial ou sobre os meios de reação judicial respetivos, pelo que, tratando-se de uma matéria que carece necessariamente de uma expressão legal positiva, tal omissão corresponde a uma lacuna.
69. Em tese são equacionáveis três hipóteses de solução para o problema identificado, que podemos enunciar nos seguintes termos: (i) a primeira hipótese consiste na impugnação da decisão do Ministério Público perante a AdC e recurso desta decisão para este Tribunal (ii) a segunda hipótese traduz-se na impugnação da decisão do Ministério Público diretamente perante este Tribunal; (iii) e a terceira hipótese reconduz-se ao controlo judicial subsequente por este Tribunal durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

70. A primeira hipótese mostra-se liminarmente afastada pelas razões já referidas no sentido da AdC não ser competente para sindicar os atos e decisões praticados pelo Ministério Público.
71. Passemos para a análise da segunda hipótese – impugnação da decisão do Ministério Público diretamente perante este Tribunal.
72. O primeiro argumento em sentido contrário consiste no facto da competência do Tribunal estar dependente da existência de uma *decisão, despacho ou medida* da AdC – cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea a), da Lei da Organização do Sistema Judiciário (doravante “LOSJ”). Contudo, este argumento não é decisivo, pois, face ao disposto no artigo 112.º, n.º 5, da LOSJ, não se pode ter por totalmente excluída – pelo menos, para efeitos de melhor ponderação – a possibilidade do Tribunal ser chamado a intervir diretamente. Por conseguinte, considera-se que a resposta definitiva não está neste horizonte de análise.
73. Avançando noutra direção, importa realçar que os artigos 18.º, n.º 2, e 21.º, ambos da LdC, ao atribuírem competência ao Ministério Público, saíram fora da arquitetura-padrão de competências e controlo prevista na LdC, corporizada pela AdC e por este Tribunal. Concomitantemente, tais normas ao fazerem intervir o Ministério Público, na qualidade de “*autoridade judiciária competente*”, estão a pressupor, por via da utilização do designativo e função exercida pelo Ministério Público na fase de inquérito do processo penal (cf. artigos 1.º, alínea b), e 263.º, n.º 1, ambos do CPP), uma atuação organicamente enquadrada dentro do regime definido pelo complexo de normas de origem dessa atuação enquanto “*autoridade judiciária competente*”, ou seja, o CPP. Esta asserção sai reforçada pela circunstância do legislador não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

ter incluído na LdC normas específicas sobre o controlo dos atos e decisões do Ministério Público.

74. A conclusão a que estas premissas nos conduzem é que as decisões e os atos praticados pelo Ministério Público, no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, devem estar sujeitos aos mesmos mecanismos de controlo endoprocessual previstos no CPP para as decisões e atos praticados pelo Ministério Público, enquanto *autoridade judiciária competente*, que se adaptem, evidentemente, ao processo contraordenacional. Vejamos quais são esses mecanismos de controlo.
75. No processo penal, a atuação do Ministério Público enquanto autoridade judiciária competente – isto é, na fase do inquérito – está sujeita a mecanismos de controlo intraorgânicos, através da intervenção hierárquica, e a um *controlo interorgânico*, ou seja, a um controlo exercido por um órgão do poder judicial diferente do próprio Ministério Público. Este controlo interorgânico, em regra, é o controlo judicial exercido sobre a decisão final do inquérito, pelo juiz de instrução na fase de instrução e/ou pelo juiz de julgamento nesta fase final.
76. Há também a intervenção do juiz de instrução durante a fase de inquérito. Contudo, o juiz de instrução não intervém especificamente como instância de controlo interorgânico dos atos praticados pelo Ministério Público, mas como expressão da “reserva judicial relativamente à aplicação de medidas que afectem os ... direitos, liberdades e garantias”⁵, sendo uma intervenção ocasional, provocada e tipificada”⁶, ou seja, intervém em matérias que estão excluídas do poder de decisão do Ministério Público, tematicamente vinculadas à proteção dos referidos valores constitucionais, podendo-se

⁵ PAULO DÁ MESQUITA, ob. cit., p. 327.

⁶ *Idem*, p. 182.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

afirmar com PAULO DÁ MESQUITA, que entre o juiz de instrução e o Ministério Público existe uma “*relação de equiordenação*”⁷.

77. Face à tipificação prevista nos artigos 268.º e 269.º, ambos do CPP, relativamente aos atos que o juiz de instrução pode praticar, ordenar ou autorizar na fase de inquérito, conclui-se que, no processo penal, os vícios das decisões proferidas pelo Ministério Público não podem ser invocados autonomamente perante o juiz de instrução, na fase referida. Tem-se noção de que este entendimento não é unânime (pelo menos, quanto a vícios formais), conforme se pode constatar por via da fundamentação do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2015, processo n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9⁸, que indica abundante doutrina e jurisprudência num sentido e no outro. Contudo, é aquele que, face aos parâmetros enunciados, se considera, com muito respeito pela posição contrária, o mais consentâneo com as opções legais adotadas.
78. Contudo, tal não significa que ao juiz de instrução esteja sempre vedada a competência para rever ou sindicar as decisões proferidas pelo Ministério Público na fase de inquérito. Poderá fazê-lo, mas por via incidental apenas quando relevem para as decisões que terá de proferir, tipificadas na lei e tematicamente vinculadas. Só nestas hipóteses muito limitadas se poderá admitir um controlo interorgânico, residual, por parte do juiz de instrução.
79. Destes mecanismos, retira-se a solução para a questão da competência para a revisão ou controlo do mérito das decisões do Ministério Público durante o inquérito, traduzindo-se no seguinte: sem prejuízo de um eventual controlo intraorgânico⁹, qualquer decisão do Ministério Público, nessa fase, ainda que

⁷ *Idem*, p. 171.

⁸ *In* www.dgsi.pt.

⁹ PAULO DÁ MESQUITA, ob. cit., p. 96, nota de rodapé 141.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

seja “definitiva na sequência procedimental do inquérito, não vincula o órgão judicial que vier a intervir em fases subsequentes do processo”¹⁰. Por conseguinte e em síntese do que se referiu, qualquer decisão do Ministério Público está sujeita a um controlo endoprocessual interorgânico que é garantido pelo controlo judicial (i) “em sede de incidentes judiciais que relevem os actos inválidos”¹¹ pelo juiz de instrução, na fase de inquérito (*controlo residual*, conforme referido) e (ii) pelo controlo judicial subsequente “no decurso de fases dirigidas judicialmente”¹², instrução e/ou julgamento (*controlo regra*).

80. A aplicação destes parâmetros ao processo contraordenacional por práticas restritivas da concorrência leva-nos a concluir pela inviabilidade da segunda hipótese referida e em análise, no sentido do mérito da decisão do Ministério Público ser contestado diretamente perante este Tribunal na fase organicamente administrativa, pois, na fase de inquérito do processo penal, não existe este tipo de controlo interorgânico.
81. Resta, por fim, a terceira hipótese - controlo judicial subsequente por este Tribunal durante a fase de impugnação judicial da decisão final proferida pela AdC.
82. As asserções precedentes, a propósito da análise da segunda hipótese, já permitem antever que esta terceira possibilidade é a correta, não se impondo apenas por exclusão de partes. Assim, há um ponto de identidade entre a arquitetura de controlo traçada no CPP e na LdC e subsidiariamente no RGCO que dá apoio a esta solução.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

83. Este ponto de identidade consiste no facto do controlo judicial exercido por este Tribunal, no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, ser um controlo de plena jurisdição, cujo âmbito pode ser extensivo a todo o objeto do processo, passando a decisão impugnada a ter um valor meramente enunciativo e estar sujeita a um verdadeiro controlo judicial total subsequente. Este ponto permite estabelecer a identidade substantiva necessária à aplicação – devidamente adaptada – do referido controlo judicial regra.
84. É certo que também há um fator de diferença, que consiste no seguinte: o Ministério Público não é a entidade decisora da fase organicamente administrativa, sendo a sua intervenção no processo de contraordenação pontual, provocada e tipificada. Contudo, este elemento de diferenciação não é suficientemente forte para comprometer a referida identidade substantiva, pois a decisão final da fase organicamente administrativa, ao pressupor e aceitar como válidos os atos e decisões do Ministério Público, está a incorporá-los ou, utilizando as palavras proferidas no processo n.º 83/18.7YUSTR, dá-se “*uma utilização processual própria, autónoma e funcionalizada ao exercício das competências sancionatórias da AdC no âmbito de processo contra-ordenacional e de acordo com a tramitação prevista no NRJC*”.
85. O acolhimento desta terceira hipótese significa o seguinte: durante a fase organicamente administrativa, o visado, conforme já referido, deve (quanto a vícios sanáveis) ou pode (quanto a vícios insanáveis) suscitar as invalidades relativas aos atos praticados pelo Ministério Público perante o próprio Ministério Público (com eventual intervenção hierárquica se se entender que é legalmente admissível); esta decisão do Ministério Público e os vícios insanáveis podem ser sujeitos a controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final da AdC, assim como este Tribunal pode conhecer oficiosamente os vícios insanáveis neste recurso e nos termos gerais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

86. Foi este o entendimento adotado pelo Tribunal da Relação de Lisboa no processo n.º 229/18.5YUSTR e pelas decisões proferidas por este Tribunal nos processos 249/18.0YUSTR e 249/18.0YUSTR-A., 83/18.7YUSTR, 71/18.3YUSTR, 71/18.3YUSTR-E, e 229/18.5YUSTR.
87. Por conseguinte, neste momento, o Tribunal não pode apreciar e decidir a questão da nulidade da busca e apreensão de ficheiros de correio eletrónico por (in)admissibilidade legal destes meios de prova no processo de contraordenação. Apenas o poderá fazer no eventual recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória que venha a ser proferida pela AdC, sem prejuízo do conhecimento da questão, entretanto, pelo Ministério Público nos termos *supra* indicados.
88. Já a segunda questão – a violação do mandado – pode ser apreciada e decidida neste momento, na medida em que diz respeito a um ato próprio da AdC cuja decisão não está logicamente dependente, no caso concreto, da apreciação dos atos do MP.
89. O que se impõe referir quanto a esta questão é que a mesma é improcedente, pois não há demonstração do respetivo pressuposto de facto, designadamente que a AdC tenha apreendido ficheiros informáticos para além de correio eletrónico já aberto.

*

Terceiro fundamento de recurso – da nulidade relativa à impossibilidade de exercer de forma cabal e esclarecida o direito de oposição a respeito da totalidade das apreensões efetuadas:

90. **Alegam as Recorrentes** que se verifica *a nulidade decorrente da forma como a AdC realizou a diligência de busca e apreensão, nomeadamente ao copiar*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

integralmente o conteúdo de computadores de colaboradores das Recorrentes, selecionando, depois, isoladamente, os ficheiros e emails que pretendia, não lhes permitindo visualizar e consultar de forma adequada toda a documentação marcada para apreensão, tendo-lhes sido apenas entregue uma cópia do acervo efetivamente apreendido em suporte digital. Defendem que tal procedimento comporta uma restrição não legalmente prevista do direito de defesa, sendo gerador de nulidade, nos termos das disposições combinadas dos arts. 178º e 126.º/3 do CPP; 18º, n.º 1, 20.º, n.º 4, e 32º n.ºs 1 e 10 da CRP, conforme expressamente invocado no Requerimento de arguição de nulidade.

91. **Por sua vez, a AdC, nas suas alegações,** afirmou que *no decurso das diligências em crise, designadamente no processo de extração, visualização, seleção e apreensão de ficheiros em suporte informático, devidamente acompanhada pelos funcionários da empresa e respetivos mandatários, permitiu aos Recorrentes tomar efetivo conhecimento dos ficheiros apreendidos e, conseqüentemente, de sobre eles se poderem pronunciar e concluir, face ao âmbito das buscas e apreensões que foi definido pelo despacho do MP, sobre a pertinência e a legalidade da sua apreensão.*
92. *Sublinha que a diligência foi acompanhada de perto pelos funcionários da empresa e respetivos mandatários, os quais tiveram oportunidade de assistir a todos os atos executórios da diligência.*
93. *Refere ainda que a fim de acautelar o direito de contraditório dos Recorrentes, no final das diligências em crise, a AdC entregou aos mesmos a cópia integral dos ficheiros eletrónicos apreendidos, para que tomassem conhecimento do seu conteúdo e para que, se assim o entendessem, se pronunciassem sobre a legalidade da sua apreensão. Conclui pugnando pela improcedência deste fundamento de recurso.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

94. Cumprir apreciar e decidir

95. O primeiro ponto importante para decidir este fundamento do recurso passa pela distinção entre buscas e apreensões. Ambas consubstanciam meios de obtenção da prova, mas diferenciam-se por se concretizarem em atividades distintas ou, se quisermos, etapas diferentes do mesmo procedimento sequencial tendente à obtenção de meios de prova. Assim, nas buscas desenvolve-se uma atividade de procura conducente à identificação de meios de prova. As apreensões traduzem-se no ato final de conversão do elemento identificado como meio de prova.
96. A razão de ser desta distinção é a seguinte: as Recorrentes alegam que a atividade da AdC, de execução das buscas e apreensões em causa, traduziu-se, em concreto, num processo de extração, visualização, seleção e apreensão de ficheiros em suporte informático. Há etapas/tarefas deste processo que dizem respeito à busca ou que corporizam a busca, designadamente as três primeiras – extração, visualização e seleção. A etapa final já consubstancia a apreensão.
97. O alegado problema, segundo as Recorrentes, estará em duas das três primeiras etapas, designadamente no processo de visualização e marcação dos ficheiros eletrónicos copiados para os computadores portáteis dos funcionários da AdC e, mais concretamente, no facto de não lhes ter sido possibilitada a visualização e consulta de toda a documentação marcada para apreensão, de forma a poderem pronunciar-se sobre a pertinência e legalidade da apreensão. Isto permite-nos circunscrever a questão suscitada à busca, ou seja, o alegado problema levantado pelas Recorrentes diz respeito ao modo como a busca foi executada e não à apreensão propriamente dita, questionando-se a validade desta apenas e só como efeito ou consequência daquela.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

98. Não se pense que esta delimitação do fundamento de recurso em análise é um exercício ocioso. Reveste-se de grande utilidade, pois permite-nos concluir que tudo se resume à questão de saber que tipo de direitos podem ser exercidos durante a busca. Resolvida esta questão estaremos em condições de determinar em que termos é que a busca deve ser executada para garantir o exercício desses direitos. Avancemos nesse sentido.
99. Pode parecer um truísmo a afirmação de que na busca ou durante a busca não há apreensão. Contudo, esta evidência que aparentemente nada adianta, na verdade tem um sentido subjacente importante: significa que, não havendo apreensão, não há fundamento ou justificação para o exercício do direito de defesa no sentido que permite ao visado por este tipo de diligências contraditar os meios de prova produzidos no processo, tendo em vista o afastamento daquela concreta ação sancionatória.
100. O exercício deste direito – nos termos consagrados no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, e concretizado nos artigos 50.º, do RGCO e 25.º, do NRJC – pressupõe a imputação de responsabilidade contraordenacional, que, por sua vez, implica previamente a recolha – por via da apreensão ou outra – dos meios de prova que sustentam essa imputação. Por conseguinte, é exato, como se afirma na sentença proferida por este Tribunal, no processo n.º 18/19.0YUSTR-A, citada pela AdC, que *«o exame “de prova com potencial relevância em ambiente digital e/ou electrónico por funcionários credenciados nada tange com o direito de defesa das visadas em processo contra-ordenacional, posto que esse acto preparatório não conforma qualquer posição processualmente relevante nem tange sequer com o objecto de imputação contra-ordenacional”*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

101. Não se extrai conclusão diversa dos demais normativos invocados pela Recorrente, designadamente os artigos 178.º, do CPP, 18.º, n.º 1, 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 1, todos da Constituição.
102. Claro que isto não significa total vulnerabilidade do visado antes do momento referido e especificamente numa diligência de busca. Como é evidente, as buscas realizadas pela AdC não podem ser empreendidas de forma livre, arbitrária, ilimitada ou insuscetível de controlo, pois a tal se opõe a “exigência de protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da actividade privada de qualquer pessoa, singular ou colectiva”¹³. Contudo, aqui do que se trata já não é do exercício do referido direito de defesa, mas da protecção da vida privada.
103. Esta exigência reflete a tradição jurídica de vários sistemas jurídicos, especificamente dos Estados-membros da União Europeia, sendo, por isso, inclusive reconhecida pelo Tribunal de Justiça como um princípio geral do Direito da União Europeia¹⁴. Compreende-se evidentemente que assim seja, pois corporiza um dos corolários mais imediatos e lineares do princípio do Estado de direito (cf. artigos 2.º, 12.º, n.º 1, 18.º, n.º 2 e 26.º, n.º 1, todos da Constituição), que é o pilar fundamental de qualquer Estado, como o nosso.
104. A referida exigência de protecção contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera da atividade privada de qualquer pessoa, singular ou coletiva, é garantida e concretiza-se, no domínio em que nos encontramos – o das diligências de prova previstas no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC – através de um conjunto de requisitos respeitantes quer ao

¹³ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2002, no processo C-94/00, caso *Roquette Frères SA*, § 27, in <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>.

¹⁴ *Idem*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

momento (primeiro) da decisão de autorização das diligências, quer ao momento (segundo) da execução da decisão.

105. No que diz respeito ao momento da decisão de autorização das diligências, há quatro requisitos relevantes: (i) um de competência; (ii) dois de natureza material; (iii) e um formal.
106. O primeiro consiste na atribuição de competência para a decisão ao Ministério Público – cf. artigos 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 21.º, todos do NRJC, e 267.º do CPP, *ex vi* artigos 41.º, n.º 1, do RGCO, e 13.º, n.º 1, do NRJC.
107. Os dois requisitos materiais dizem respeito aos parâmetros substantivos de admissibilidade das diligências, dos quais está dependente a decisão de autorização da decisão do Ministério Público, que, em consequência, não é uma decisão totalmente livre.
108. Assim, o primeiro parâmetro consiste na circunstância destas diligências apenas poderem ser realizadas dentro de um processo de contraordenação. Este fator é limitador na medida em que os processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência pressupõem a notícia de uma infração e compreendem, na fase de inquérito (designação adotada pela LdC para identificar a fase prévia ao exercício do direito de defesa), as diligências de investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova – cf. artigos 17.º, n.ºs 1 e 2, da LdC, e 241.º, do CPP, *ex vi* artigos 13.º, da LdC, e 41.º, n.º 1, do RGCO.
109. Em consequência, as diligências de prova referidas não se destinam a encontrar ou procurar a “notícia da infração”, perscrutando todos os extratos da escrita e demais documentação existentes nas instalações de empresas de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

modo a verificar a existência de uma qualquer infração de entre todas as possíveis. Tais diligências dirigem-se à investigação de uma prática restritiva da concorrência identificada, ainda que sem contornos definitivos ou totalmente precisos. Por conseguinte, a decisão de autorização do Ministério Público tem de incidir sobre diligências destinadas a investigar uma determinada prática restritiva da concorrência.

110. O segundo parâmetro consiste na exigência de que as diligências de busca, exame, recolha e apreensão sejam *necessárias à obtenção de prova*. Este requisito, previsto no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), da LdC, deve ser considerado também naquele primeiro momento em que se decide da realização da diligência, pois não há razões para o limitar ao momento da execução. Por conseguinte, o Ministério Público apenas pode autorizar diligências que preencham este requisito de necessidade.
111. Para que estes parâmetros sejam respeitados pelo Ministério Público quando decide, enquanto fatores de autocontrolo decorrentes do dever de fundamentação das suas decisões (cf. artigo 97.º, n.ºs 3 e 5, do CPP), para que sejam igualmente respeitados pela AdC no momento em que executa a decisão e para que o visado, no exercício do seu direito de defesa, possa controlar a sua verificação quer num momento, quer no outro, a decisão de autorização do Ministério Público tem de respeitar um último requisito de natureza formal, que consiste na definição dos limites das diligências: limites espaciais; porventura, limites quanto ao tipo de meio de prova; e limites temáticos ou em função do objeto¹⁵.

¹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1989, nos processos apensos 97, 98 e 99/87, no caso *Dow Chemical Ibérica, SA, e Outros v. Comissão*, § 26, in <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

112. A execução da decisão de autorização do Ministério Público por parte da AdC está também sujeita a requisitos, destinados a garantir a exigência referida. Em primeiro lugar, tem de respeitar os limites definidos pelo Ministério Público, sob pena de sair fora do seu âmbito de competência. Em segundo lugar, tem de aferir, em concreto, a verificação do requisito de necessidade plasmado no artigo 18.º, n.º 1, alínea c), do NRJC, dentro dos limites da decisão de autorização.
113. A execução da decisão do Ministério Público por parte da AdC vai-se traduzir em buscas e apreensões. Já expusemos as diferenças. Agora, cabe-nos determinar quais – dos dois requisitos indicados – a AdC tem de observar em cada desses momentos.
114. No que respeita especificamente à busca, que, conforme referido, se destina a procurar ou identificar meios de prova, está ao alcance – e dever – da AdC respeitar, pelo menos, alguns dos limites definidos pelo Ministério Público, designadamente o limite espacial, traduzido no espaço objeto da busca, e, se for o caso, o limite decorrente do tipo de provas que pode, no final, apreender. Por exemplo, prova documental. Estes limites são passíveis de ser observados durante a busca porque são limites físicos identificáveis antes de qualquer ato de busca. Já o limite relativo ao objeto ou tema da busca é diferente, pois, em regra, não consegue ser respeitado sem, pelo menos, ser visualizado o conteúdo dos potenciais meios de prova a apreender. Aliás, a busca acaba por ser isso mesmo.
115. Por conseguinte, em regra, a decisão do Ministério Público autoriza invasões (legítimas) da privacidade através da busca desde que contidas dentro dos limites espaciais e relativos aos tipos de prova identificados. Em consequência, o direito que o visado pela busca pode exercer – no que concerne ao modo de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

atuação da AdC – é o de verificar e controlar a conformidade dessa atuação com estes limites (espaciais e quanto ao tipo de meio de prova), tendo em vista a proteção do seu direito à vida privada e a não sofrer ingerências abusivas e arbitrárias nesse espaço de resguardo.

116. Para exercer esse direito, o visado não tem de visualizar o conteúdo dos elementos compreendidos dentro daqueles dois limites. Tratando-se especificamente de correio eletrónico já aberto, impõe-se apenas que os visados possam verificar a aplicação pela AdC dos mecanismos informáticos necessários para selecionar apenas aquele tipo de documentos. E isto significa unicamente a possibilidade de verificação da aplicação desses mecanismos, se assim o solicitarem, e não a sua verificação efetiva.
117. Adicionalmente, poder-se-á admitir que este tipo de documentos – correio eletrónico já aberto – permite ou permitirá em determinados casos uma maior delimitação e aproximação, na busca, ao tema ou objeto definidos através de pesquisas por palavras-chave. Se assim for, o visado também deve ter a possibilidade de saber quais são as palavras-chave, se o solicitar.
118. Contudo, em concreto, não foi isto que as Recorrentes invocaram, mas a não visualização e consulta adequada de toda a documentação marcada para apreensão.
119. De referir ainda que é na apreensão que a AdC tem de respeitar, já não por mera aproximação, mas de forma precisa, o limite relativo ao objeto da busca e aquele segundo requisito mencionado, estando o visado em condições de controlar esse ato através da entrega de cópia dos documentos apreendidos, conforme sucedeu no caso.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

120. Dir-se-á: mas antes da apreensão, o visado poderá obstar à violação do seu direito à vida privada, que se virá a concretizar por via daquela, se puder visualizar e consultar a documentação objeto de busca. Considera-se que esta tutela antecipada não tem qualquer justificação, desde logo, porque a busca torna legítimo o acesso ao conteúdo dos documentos por parte da AdC (a não ser em casos relacionados com a proteção da confidencialidade entre advogado e cliente, que *infra* serão explicitados), pelo que essa tutela antecipada não irá evitar esta invasão do direito à vida privada. Adicionalmente, as diligências de busca (coercivas ou não dependentes de consentimento) e apreensão são meios de obtenção da prova que, em si mesmas, ultrapassam ou destinam-se a ultrapassar a barreira da vontade do visado. Neste tipo de diligências nem sequer há “recusa” da parte do visado. Nessa medida, é diferente de um pedido de informações que, ainda que sujeito a sanções, defronta-se com a barreira resultante da vontade do visado, que pode expressar através da recusa de entrega. Aquilo que isto significa é que a partir do momento em que se admitem diligências como buscas e apreensões está-se a admitir a necessidade de meios de prova que não possam ser paralisados ou obstaculizados pela vontade do visado. Em consequência, a possibilidade de tal acontecer deve ser fortemente limitada, sob pena de prejudicar a eficácia e eficiência da diligência.
121. Por conseguinte, considerando que a busca torna legítimo o acesso ao conteúdo do documento por parte da AdC, o que implica, desde logo, uma invasão da vida privada e, com a apreensão, é entregue uma cópia dos documentos que permitirá ao visado verificar se todos os limites e requisitos foram cumpridos, a referida tutela antecipada, geradora de potenciais incidentes obstaculizadores das diligências em causa, seria excessiva, na medida em que nem sequer evitaria o acesso ao conteúdo do documento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

122. Assim, do ponto de vista da proteção do direito à vida privada, suscetível de ser violado, de forma desproporcional e não admissível, por ingerências abusivas e arbitrárias da AdC, não é necessária a visualização e consulta adequada de toda a documentação marcada para apreensão por parte dos visados. Podendo os visados estar presentes, por si ou através dos seus representantes ou mandatários, o certo é que os funcionários da AdC responsáveis pela diligência não têm de alterar a sua atividade específica de busca a fim de permitirem as referidas visualização e consulta adequadas, nem têm de entregar cópia de toda a documentação marcada para apreensão, mas apenas daquela que for efetivamente apreendida.
123. Resta, por fim, uma breve referência a outra perspetiva de análise, relacionada com a confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente. Nestes casos, admite-se, por causa do chamado “dilema da prova”¹⁶, que, em situações muito específicas, a AdC possa ser impedida de, no decurso da busca, visualizar o conteúdo de determinado documento. O que está em causa é evitar que o reconhecimento do privilégio não implique, ele próprio, a sua violação por via do conhecimento do segredo. Contudo, admite-se essa possibilidade em condições muito estritas e limitadas.
124. Assim, tal como já se entendeu na decisão proferida no processo n.º 159/19.3YUSTR considera-se que isso só é possível perante uma alegação consiste e viável, ou seja, uma alegação séria no sentido de que um determinado documento específico está a coberto do segredo profissional do advogado, e que, conforme resulta da jurisprudência da União Europeia,

¹⁶ Expressão adotada por se ERIC GIPPINI-FOURNIER, in *Legal Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: beyond the cursory Glance*, 28(4) Fordham J. Int'l L., (2005), disponível <https://ssrn.com/abstract=635963> (acedido no dia 03.10.2019) e para mais desenvolvimentos veja-se o texto citado deste autor, pp. 53 e ss..



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

forneça elementos relevantes de molde a demonstrar que as comunicações em causa preenchem as condições para serem incluídas no segredo profissional do advogado. Tem de ser uma alegação em relação à qual a possibilidade de sancionamento por via das contraordenações previstas no artigo 68.º, n.º 1, alíneas h) a j), do NRJC (equiparáveis ao artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, invocado pelo Tribunal de Primeira Instância na decisão Azko Nobel, § 89) seja suscetível de evitar, de forma efetiva, procedimentos abusivos, com propósitos manifestamente dilatatórios.

125. Quanto às condições de viabilidade para a apresentação de uma alegação desta natureza no decurso da busca entende-se que não é necessário chegar ao ponto pretendido pela Recorrente, incidente sobre a visualização e consulta adequada de toda a documentação marcada para apreensão, pois antes da visualização dos ficheiros há todo um conjunto de atos materiais de preparação que necessariamente demoram o seu tempo desde a chegada, a entrega dos computadores, a instalação de equipamentos, a colocação das palavras-chave, a exportação de ficheiros para pesquisa, etc. Veja-se que a diligência em causa prolongou-se vários dias. Para além disso, não está em causa a identificação de documentos que não são do pré-conhecimento dos visados e que os mesmos, por via dos seus advogados, representantes ou colaboradores, apenas podem identificar no momento, em simultâneo, com a sua visualização pelos técnicos da AdC. Adicionalmente, não se trata de todos e quaisquer documentos, mas de documentos específicos.
126. Para além disso, importa recordar o que se disse quanto à natureza coerciva da diligência em causa, reveladora de que se admitiu a necessidade de meios de prova que não possam ser paralisados ou obstaculizados pela vontade do visado. Em consequência, a possibilidade de tal acontecer deve ser fortemente limitada, sob pena de prejudicar a eficácia e eficiência da diligência



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

127. Por fim, a possibilidade de surgirem documentos a coberto de segredo profissional do advogado fora das hipóteses previstas nos artigos 75.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados e 180.º, do CPP, é evidentemente menor, o que diminui o risco e a necessidade de proteção. Adicionalmente, a circunstância de estarem em causa mensagens abertas ou lidas, que podiam ter sido eliminadas e guardadas pelo destinatário em locais mais seguros ou até destruídas, também reduz a necessidade de tutela. Fazendo o balanço entre, por um lado, o menor risco e a menor necessidade de proteção nestas situações e, por outro lado, o impacto que teria na eficácia e eficiência das buscas e apreensões incidentes suscetíveis de paralisar a diligência pela vontade do visado, o saldo é a favor da eficácia e eficiência as buscas.
128. Por conseguinte, o normal decurso da diligência de busca, sem necessidade dos procedimentos de visualização e consulta adequada invocados pela Recorrente (que, no extremo, implicariam que fossem prévios à própria visualização e consulta pela AdC) são suficientes para assegurar também esta dimensão de proteção da confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente dentro daquilo que é possível garantir numa lógica de ponderação, mediada pelo princípio da proporcionalidade, entre os interesses próprios prosseguidos pela ação sancionatória da AdC e os interesses garantidos pelo referido privilégio.
129. Os parâmetros precedentes não são contrariados pela decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante “TEDH”) – proferida no caso *Vinci Construction e GTM Géne Civil et Services* contra a França, datada de 02.07.2015 – invocada pelas Recorrentes, antes pelo contrário.
130. Efetivamente, esta decisão identificou duas dimensões jusfundamentais de proteção suscetíveis de ser atingidas pelas diligências de busca e apreensão,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

especificamente aquelas que foram analisadas – a vida privada e a confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente (cf. § 63 da decisão).

131. Relativamente à primeira, o Tribunal preocupou-se em averiguar se as diligências eram necessárias (cf. § 65) e se existiam garantias adequadas e suficientes contra abusos e arbitrariedades (cf. § 66), tendo concluído em sentido afirmativo na medida em que: as mesmas se destinaram a averiguar práticas anticoncorrenciais e, em consequência, tiveram em vista a proteção do bem-estar económico do Estado (cf. § 72 e 74); os agentes que procederam às diligências tentaram limitá-las a apreensões relacionadas ao objeto da investigação (cf. § 76); e foi elaborado e entregue aos visados um inventário suficientemente preciso, indicando o nome dos arquivos, sua extensão, origem e impressão digital, bem como uma cópia dos documentos apreendidos (§ 76). Com fundamento nestes dois últimos fatores, o Tribunal entendeu que as apreensões realizadas não podiam ser descritas como "maciças e indiferenciadas" (cf. § 75 e 76). Da articulação entre a afirmação geral no § 75 da decisão, no sentido de que as garantias tinham de ser concretas e eficazes e não meramente teóricas e ilusórias, e da conclusão a que chega no parágrafo seguinte (cf. § 76) conclui-se que para o TEDH os procedimentos adotados cumpriram esses requisitos. Ora, impõe-se notar que esses procedimentos não incluíam a visualização e consulta adequada de toda a documentação marcada para apreensão.
132. No que respeita à confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente, o Tribunal confirmou que os visados, durante a execução das diligências, não puderam conhecer o conteúdo dos documentos apreendidos ou discutir a adequação de sua apreensão (§ 78). Contudo, acrescentou, de seguida, que ao não impedir a apreensão de documentos abrangidos pela



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

confidencialidade entre advogado e cliente, os visados deviam poder controlar a sua regularidade *a posteriori* e de maneira concreta e eficaz (§ 78 e 79). Assim, da articulação entre a referida afirmação geral no § 75 da decisão, no sentido de que as garantias tinham de ser concretas e eficazes e não meramente teóricas e ilusórias, e da conclusão a que chegou nos parágrafos § 78 e 79, conclui-se que para o TEDH a possibilidade de um controlo *a posteriori* concreto e eficaz é suficiente. Consequentemente, esta dimensão de proteção, relativa à confidencialidade da correspondência entre advogado e cliente, também não exige, para o TEDH, a visualização e consulta adequada de toda a documentação marcada para apreensão.

133. Por conseguinte, este fundamento de recurso é improcedente e isto mesmo que tivesse ficado provado que as Visadas não conseguiram tomar conhecimento completo do conteúdo dos documentos selecionados para apreensão, porque os procedimentos adotados pela AdC não permitiram.

*

Quarto fundamento do recurso - da nulidade relativa à apreensão de documentação que extravasa o objeto do mandado de buscas e apreensão e à inexistência de pressupostos de que depende a realização das diligências de obtenção de prova:

134. **Consideram ainda as Recorrentes que o mandado foi ainda incumprido/extravasado no que respeita à apreensão de documentos relativos às atividades de distribuição/venda pelas Visadas de produtos de empresas terceiras, bem como a atividade das Recorrentes que extravasa a grande distribuição (hipermercados).**
135. Defendem que *a busca e apreensão de documentos relativos àquelas atividades das Recorrentes é nula, por violação do art. 18.º/2 e 3 da LdC, já*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

que não estava abrangida pelo objeto e conteúdo do mandado, que precisava que a investigação incidia sobre a venda dos produtos da Sumol+Compal à grande distribuição, a qual seguidamente os revende a consumidores finais.

136. Mais sustentam que a referida apreensão determina, ainda, uma violação do art. 8.º da CEDH, art. 7.º da CDFUE, art. 61.º, n.º 1, c), 126.º n.º 3 e 178.º do CPP, art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da LdC, já acima referido, e art. 20.º da LdC e do arts. 20.º, n.º 4, e 32.º, n.ºs 1, 8 e 10 da CRP (cfr. art. 18.º da CRP).
137. Por fim, consideram que os arts. 18.º e 20.º da LdC, interpretados no sentido de ser admissível tal apreensão, seriam inconstitucionais por violação do direito à não autoincriminação e do princípio da proporcionalidade, corolários do Estado de Direito Democrático, consagrado no artigo 2.º da CRP e do direito de defesa, salvaguardado nos artigos 20.º, n.º 4, e 32.º, n.ºs 1, 8 e 10 da CRP (cfr. art. 18.º da CRP).
138. **Nas suas alegações, a AdC** alega que resulta clarividente do mandado em apreço que os funcionários da AdC encontravam-se autorizados a aceder documentação relativa aos produtos distribuídos por esta empresa.
139. Acrescenta que, decorre de informação pública, bem como dos elementos disponibilizados pelos próprios Recorrentes, que os mesmos desenvolvem a sua atividade através da SUMOL+COMPAL Marcas, passando pela produção “(através de protocolos com produtores e do desenvolvimento de actividades de formação de novos produtores no âmbito do Centro de Frutologia Compal), distribuição e comercialização dos produtos, das suas marcas (...) Nestes âmbitos, é a SUMOL+COMPAL Marcas que detém atualmente marcas como SUMOL, COMPAL, B!, UM BONGO, ÁGUA SERRA DA ESTRELA, FRIZE e GUD, representa marcas como PEPSI, 7U, GATORADE e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

GUARANÁ ANTARCTICA, e distribui produtos de marcas como ESTRELLA DAMM e TAGUS”.

140. Mais sustenta que *o mandado revela-se suficientemente explícito relativamente à existência de elementos probatórios (consistindo, grosso modo, em mensagens de correio eletrónico trocadas pela Sumol+Compal ou por esta com empresas de grande distribuição) de que a eventual infração jusconcorrencial verificava-se em todos os canais de distribuição, sendo necessário e indispensável a realização das diligências de busca, exame, recolha e apreensão para o acesso à demais documentação que pudesse existir.*
141. **Cumprer apreciar e decidir.**
142. Este fundamento de recurso incide sobre duas questões: (i) nulidade da apreensão de documentos relativos às atividades de distribuição/venda pelas Visadas de produtos de empresas terceiras; (ii) e nulidade da apreensão de documentos relativos à atividade da Sumol+Compal que extravasa a grande distribuição (hipermercados).
143. No que respeita à primeira questão – nulidade da apreensão de documentos relativos às atividades de distribuição/venda pelas Visadas de produtos de empresas terceiras – o fundamento da nulidade reconduz-se à violação do mandado, porquanto, segundo as Recorrentes, este apenas permitia a busca e apreensão de produtos produzidos pelas Recorrentes e não a busca e apreensão de produtos produzidos por empresas terceiras que as Recorrentes comercializam.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

144. Esta questão incide sobre um ato praticado pela AdC e não sobre a decisão do Ministério Público. Apesar disso coloca-se novamente a questão de saber se o Tribunal a pode apreciar e decidir neste momento, pois, em relação a atos praticados pela AdC, considera-se necessário distinguir entre: (i) os atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do Ministério Público; (ii) e os atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do Ministério Público.
145. Os primeiros – atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação dos atos do Ministério Público – incluem todos os atos praticados pela AdC, cuja apreciação implicaria, como pressuposto prévio e necessário, a apreciação dos atos do Ministério Público.
146. A questão problemática quanto a estes atos consiste em saber se o Tribunal pode, nestes casos, apreciar e decidir, antes do recurso de impugnação judicial da decisão final, a regularidade formal e/ou a validade dos atos próprios do Ministério Público.
147. Das asserções tecidas no capítulo precedente retira-se que o único enquadramento jurídico possível para sustentar esta hipótese seria admitir que este Tribunal pode exercer, na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, o referido *controlo interorgânico residual*, que permitiria a revisão da decisão do Ministério Público a título incidental. Contudo, considera-se que esta hipótese, que pressuporia a aplicação por analogia do tipo de controlo previsto no CPP, não se ajusta ao processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, porque o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias foi pensado e previsto apenas para o controlo das decisões da AdC. E não é indiferente que esteja em causa uma decisão da AdC ou uma decisão do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

Ministério Público, pois a atribuição de competência ao Ministério Público tem subjacente, conforme já referido, mais garantia, o que é correlativo de mais confiança.

148. Dir-se-á: mas, por uma questão de oportunidade e economia processual, poder-se-ia aproveitar o controlo exercido pelo Tribunal nos recursos de decisões interlocutórias para rever, a título incidental, as decisões do Ministério Público, tanto mais que o regime-regra de recurso das decisões interlocutórias – cf. artigos 84.º, n.ºs 1 e 2, e 85.º, n.º 1, ambos do NRJC – é indiciador de que se pretendeu evitar que as ilegalidades ocorridas ao longo do processo sejam suscitadas no recurso de impugnação judicial da decisão final.
149. Este argumento não é válido, pois há razões desta natureza que ditam solução contrária, conforme já se salientou, na referida decisão proferida no processo n.º 83/18.7YUSTR, ao chamar a atenção para o facto de estar em causa uma discussão que, em última instância, ganha a sua relevância se os meios de prova afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória, pois, neste momento, *“a relevância da prova apreendida no que tange ao sancionamento da visada/recorrente é necessariamente prematura e precária, pois que a AdC não procedeu a qualquer **acto processual tendente à utilização dessa prova para demonstração da infracção, mormente quanto à sua utilização na nota de ilicitude. Aliás, tão mais prematura é essa relevância que, como temos vindo a dizer, essa apreensão não isenta a AdC de um juízo de utilidade e aferição do valor probatório nos actos de prosseguimento processual do respectivo processo sancionatório e que pode, em abstracto, conduzir a uma decisão de irrelevância e desentranhamento da prova, esvaziando a ilegalidade da restrição que a visada/recorrente quer ver sindicada”***.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

150. É claro que a solução alcançada, sendo plenamente satisfatória do ponto de vista do controlo judicial dos atos próprios do Ministério Público, não garante o mesmo grau de satisfação relativamente ao controlo judicial dos atos da AdC, pois estes ficarão por apreciar e decidir durante a fase organicamente administrativa do processo, sem que sejam válidos, quanto aos mesmos, pelo menos parte dos argumentos precedentes. Inclusive se pode alegar que, por esta via, fica comprometida a finalidade subjacente ao regime-regra dos recursos interlocutórios.
151. Estas asserções são válidas. Contudo, não é possível dar uma resposta para o problema que seja plenamente satisfatória para todos os interesses envolvidos ou que, numa perspetiva menos ambiciosa, garanta em certa medida, inferior à satisfação plena, uns e outros, pois os termos do conflito não permitem uma solução de compromisso. Assim, a opção pelo controlo judicial imediato dos atos próprios da AdC levará a uma antecipação do controlo judicial dos atos próprios do Ministério Público. Por sua vez, o diferimento do controlo judicial do Ministério Público conduzirá ao protelamento do controlo judicial dos atos próprios da AdC.
152. Por ora, considera-se que há razões mais fortes para optar pela segunda hipótese enunciada no final do parágrafo precedente. Tais razões estribam-se, no essencial, no argumento já referido, traduzido na circunstância de, em regra, estarmos perante uma discussão relacionada com meios de prova e que, em última instância, ganha a sua relevância se os elementos probatórios afetados forem utilizados pela AdC para sustentar uma decisão condenatória. Uma discussão que apenas terá efetiva utilidade no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória. Acresce ainda que não estão em causa atos com um potencial de afetação tão lesivo como aqueles que são da competência do juiz de instrução, no processo penal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

153. Assim, quanto aos atos da AdC cuja decisão está logicamente dependente da apreciação da validade dos atos do Ministério Público, apenas podem ser objeto de controlo judicial no recurso de impugnação judicial da decisão final condenatória.
154. Por fim, no que respeita aos atos da AdC cuja decisão não está logicamente dependente da apreciação dos atos do Ministério Público, considera-se não existirem razões para não se fazer aplicação do regime-regra do recurso das decisões interlocutórias da AdC previsto na LdC, pelo que os mesmos poderão ser apreciados e sujeitos a controlo judicial por este Tribunal durante a fase organicamente administrativa do processo de contraordenação.
155. A questão *supra* identificada – que incide sobre alegados documentos que não estão compreendidos dentro dos limites temáticos ou relativos ao objeto definidos pelo mandado – pressupõe, como premissa lógica e necessária, que tal despacho e bem assim o mandado cumprem os requisitos legais quanto à definição dos aludidos limites. Efetivamente, nem a AdC, nem o Tribunal (o Tribunal nesta fase do processo) podem decidir que a AdC não foi ou foi para além dos atos que a habilitavam a proceder à busca, sem assumir, como pressuposto da sua decisão, que esses atos definiram de forma suficiente o tema ou objeto da diligência, que servem de referência para a decisão de saber se os documentos apreendidos estão ou não compreendidos no seu âmbito.
156. Dito ainda de forma mais clara: a asserção de que a AdC podia ou não podia apreender documentos relativos às atividades de distribuição/venda pelas Visadas de produtos de empresas terceiras pressupõe como premissa que os termos dos atos habilitadores da busca autorizavam ou não autorizavam, respetivamente, a AdC a proceder nesse sentido; sucede que esta premissa está



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

inexoravelmente conexas com outra, que consiste na constatação de que os limites definidos no mandado eram suficientes para balizar a atuação da AdC, pois não se pode chegar à primeira premissa sem pressupor esta segunda, ou seja, a conclusão de que os documentos apreendidos pela AdC estão ou não abrangidos pelos termos dos atos que determinaram a busca conduz ao reconhecimento necessário de que, então, os termos desses atos definem de forma suficiente as diligências probatórias a empreender.

157. Para além das Recorrentes pretenderem que esta questão seja conhecida pelo Ministério Público (cf. primeiro fundamento do recurso), invocam, como último fundamento do recurso, a irregularidade relativa à falta de delimitação do objeto do mandado de busca e apreensão e da respetiva fundamentação. Veja-se inclusive que, na sua argumentação, referem que, com exceção das bebidas, *“a menção vaga e genérica que se faz aos produtos da empresa - para mais, sem qualquer referência aos setores em questão - não permitiu às Visadas conhecerem, de forma minimamente informada e esclarecida, os critérios que presidiram à realização da diligência, impedindo-lhes, por esta razão, de tomar posição quanto à sua pertinência e legalidade, designadamente quanto ao tipo e conteúdo dos documentos que foram efetivamente apreendidos pela AdC”*. De seguida e para ilustrar a necessidade de uma maior precisão acrescentam o seguinte: *“A este respeito, convém frisar que a atividade comercial da SUMOL+COMPAL reporta-se a um leque substancial de produtos, não só aos que ela própria produz, mas também aos de entidades terceiras e que por ela são distribuídos, e a diferentes setores de negócio dentro do ramo alimentar”* (§ 70).
158. Por conseguinte, existindo o referidonexo de dependência lógica a questão em análise não pode ser apreciada e decidida, neste momento, pelo Tribunal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

159. Quanto à segunda questão suscitada pela Recorrente neste quarto fundamento do recurso, que se reconduz à nulidade da apreensão de documentos relativos à atividade da SUMOL+COMPAL que extravasa a grande distribuição (hipermercados), na parte em que as Recorrentes pretendem ver sindicado os atos praticados pela AdC a solução é exatamente a mesma, pois incide sobre a conformidade da atuação da AdC com os limites temáticos do mandado. Na parte em que as Recorrentes pretendem ver apreciada e decidida, a título subsidiário, a nulidade do mandado por ter determinado apreensões, em relação aos documentos referidos, sem existirem indícios de infrações jusconcorrenciais, a solução também é a mesma, mas, neste caso, por incidir sobre um ato do Ministério Público.

*

Quinto fundamento do recurso - da irregularidade relativa à falta de delimitação do objeto do mandado de busca e apreensão e da respetiva fundamentação:

160. Neste último fundamento de recurso, **as Recorrentes defendem que a omissão de fundamentação de despacho decisório que não seja de mero expediente – como é o caso do despacho relativo à emissão de mandado - constitui, nos termos do disposto no artigo 123º do CPP, uma irregularidade, a qual afeta a validade da diligência realizada, pelo que não pode deixar de ser conhecida.**
161. Acrescenta que, sempre seriam inconstitucionais, *por violação dos arts. 18º, 20º, nº 4, 32º, n.º 10, e 205º da CRP, o art. 178º do CPP e os arts. 18.º e 20.º da LdC quando, como no caso em apreço, são aplicados e interpretados no sentido que a apreensão pode ser usada como meio de investigação e que o*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

juízo relativo à decisão de apreensão não tem de ser realizado em momento lógica e cronologicamente anterior a esta.

162. **Por sua vez, a AdC, nas suas alegações,** salienta que *quaisquer omissões, invalidades, nulidades ou irregularidades relativas ao mandado ou ao respetivo despacho que o fundamenta não poderiam ter sido invocadas perante esta Autoridade, mas sim perante o Ministério Público. Mais alega que tal invalidade, a existir, deveria ter sido arguida, conforme artigo 123.º do CPP, no momento da prática do ato, ou seja, aquando da entrega do mandado pelo funcionário da AdC à pessoa notificada, no início da diligência. Não o tendo feito, a pretensa irregularidade encontrar-se-ia sempre sanada. Acrescenta ainda que da leitura do despacho de fundamentação entregue ao representante legal dos Recorrentes com o Auto de notificação, resulta clarividente o sentido, alcance e objecto do mandado, dele se retirando todos os elementos que justificam a realização da busca às instalações da empresa.*

163. **Cumpra apreciar e decidir.**

164. De tudo o quanto se disse extrai-se a solução para este fundamento de recurso, no sentido de que o mesmo não pode ser apreciado e decidido neste momento, na medida em que incide sobre os atos praticados pelo Ministério Público.

DISPOSITIVO:

165. **Em face de todo o exposto, julgo o presente recurso parcialmente procedente nos seguintes termos:**

a. **Declaro a nulidade da decisão impugnada, nas partes que apreciaram as questões I (“Nulidade de apreensão de ficheiros de correio**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

- eletrónico”) e IV (“Irregularidade relativa à falta de delimitação do objeto do mandado de busca e apreensão e da respetiva fundamentação”)* do requerimento apresentado pelas Recorrentes no dia 21.05.2017, cuja cópia consta a fls. 198 a 217, e que foram para além do reconhecimento da incompetência da AdC para as decidir, devendo a AdC proferir nova decisão, quanto a estas questões, a determinar a remessa do requerimento ao Ministério Público (Departamento/Serviços competentes) por ser a autoridade competente para as apreciar;
- b. Não se procede à decisão (i) do segundo fundamento de recurso, relativo à nulidade da busca e apreensão de ficheiros de correio eletrónico, na parte relativa à inadmissibilidade destes meios de prova no presente processo de contraordenação, (ii) do quarto fundamento e do (iii) quinto fundamentos do recurso por não ser o momento processual legalmente admissível para o efeito;
- c. **Julgo improcedentes os demais fundamentos de recurso.**

CUSTAS:

166. As Recorrentes devem ser condenadas em custas, que incluem a taxa de justiça – cf. artigos 93.º, n.º 3 e 94.º, n.º 3, ambos do RCP.
167. No que respeita ao valor da taxa de justiça, verifica-se que as Recorrentes já procederam à liquidação, de uma unidade de conta a título de taxa de justiça, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais (RCP). Importa proceder, nos termos do mesmo preceito legal, à correção da taxa de justiça, de acordo com os limites previstos na tabela III anexa ao diploma, designadamente 1 a 5 unidades de conta.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 243/18.0YUSTR-B

168. Neste âmbito, entende-se que a fixação da taxa de justiça em três e meia unidades de conta é suficiente, sendo certo que, tratando-se de uma atividade de correção da taxa de justiça, este valor final inclui a unidade de conta já liquidada. Quer isto dizer que as Recorrentes apenas terão de pagar o remanescente.
169. **Em face do exposto, condena-se as Recorrentes em custas, fixando-se a taxa de justiça em três e meia unidades de conta, que inclui a unidade de conta já liquidada ao abrigo do disposto no artigo 8.º, n.º 7, do RCP, faltando pagar o remanescente.**

Deposite, notifique e comunique.

27.01.2020